

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**AS FRONTEIRAS ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O DESENHO
INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NO COMPORTAMENTO DO STF**

NATAN OLIVEIRA LIMA

**Rio de Janeiro
2018/2**

NATAN OLIVEIRA LIMA

**AS FRONTEIRAS ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O DESENHO
INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NO COMPORTAMENTO DO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.

**Rio de Janeiro
2018/2**

NATAN OLIVEIRA LIMA

**AS FRONTEIRAS ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O DESENHO
INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NO COMPORTAMENTO DO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.

Data de Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2018/2**

CIP - Catalogação na Publicação

L732f Lima, Natan Oliveira
 As fronteiras entre o ativismo judicial e o
 desenho institucional democrático no comportamento
 do STF / Natan Oliveira Lima. -- Rio de Janeiro,
 2018.
 62 f.

 Orientador: Carlos Alberto P. N. Bolonha.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

 1. Ativismo Judicial. 2. Separação de Poderes. 3.
 Desenho Institucional. I. P. N. Bolonha, Carlos
 Alberto, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

*A Nosso Senhor Jesus Cristo e à Santíssima
Virgem Maria.*

*Aos meus amados pais, ao meu irmão, à minha
família, aos meus queridos amigos,
professores e diretores espirituais, os quais
desde sempre foram a minha valia.*

RESUMO

LIMA, N. O. As fronteiras entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático no comportamento do STF. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro. 2018.

O termo “ativismo judicial” é reforçado por uma atuação multifacetada do Supremo Tribunal Federal ao transpor para suas decisões elementos de marcante viés político e social. Por se tratar de uma instituição composta por membros não eleitos pelo povo, questiona-se se, de fato, existem fronteiras entre essa atuação e a manutenção de um desenho institucional democrático. Por se tratar de uma discussão de natureza eminentemente teórica, adota-se o método descritivo-analítico para a construção de um marco teórico pautado pelas contribuições doutrinárias dos Professores Luís Roberto Barroso e Brian Leiter. Destaca-se também a adoção de uma revisão bibliográfica que importa os conceitos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, os quais foram explorados pelos Professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule. A hipótese sustentada é a de que cada vez mais a Suprema Corte caminha em um sentido de usurpação silente de competência ao ponto de transparecer em seus juízos as convicções morais e políticas de seus membros, vertendo, assim, a suposta presença de fronteiras em uma mera ficção.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Separação de Poderes. ; Desenhos Institucionais.

ABSTRACT

LIMA, N. O. The boundaries between judicial activism and democratic institutional design in the STF's behavior pp. Monograph (Bachelor of Law) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

The term "judicial activism" is reinforced by a multifaceted action of the Federal Supreme Court in transposing elements of marked political and social character to its decisions. Because it is an institution composed of members not elected by the people, it is questioned whether, in fact, there are boundaries between this action and the maintenance of the Democratic Institutional Design. Because it is a discussion of an eminently theoretical nature, the descriptive-analytical method is used to construct a theoretical framework based on the doctrinal contributions of Professors Luís Roberto Barroso and Brian Leiter. Also noteworthy is the adoption of a bibliographic review that concerns the concepts of institutional capacities and systemic effects, which were explored by Professors Cass Sunstein and Adrian Vermeule. The sustained hypothesis is that the Supreme Court is increasingly moving in a sense of a silent usurpation of competence to the point where it transpires in its judgments the moral and political convictions of its members, thus shedding the presumed presence of boundaries in a mere fiction .

Keywords: Judicial Activism; Separation of Powers; Institutional Design.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROBLEMA INSTITUCIONAL | 11 |
| 1.1 A Separação de Poderes | 11 |
| 1.2 Aplicação do argumento “capacidades institucionais” | 17 |
| 1.2.1 <i>Das capacidades nas relações entre instituições</i> | 21 |
| 1.3 O papel contramajoritário das Cortes | 25 |
| 2 O ATIVISMO E O SUPREMO | 27 |
| 2.1 A interpretação de um ministro | 27 |
| 2.1.1 <i>Judicialização e Ativismo Judicial são a mesma coisa?</i> | 29 |
| 2.1.2 <i>As críticas e os riscos inerentes à judicialização e ao ativismo</i> | 33 |
| 2.1.3 <i>Da representação política</i> | 37 |
| 2.2 A Suprema Corte e a deferência legislativa..... | 39 |
| 2.2.1 <i>Da interpretação das disposições constitucionais</i> | 43 |
| 3 O SUPREMO EM AÇÃO: UMA ANÁLISE QUALITATIVA DOS CASOS ADPF 54 E MS 32326 | 49 |
| 3.1 ADPF 54..... | 49 |
| 3.2 MS 32326 | 52 |
| CONCLUSÃO..... | 57 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

O "ativismo judicial" é um fenômeno marcado por seu protagonismo nas rodas de debate no âmbito jurídico. Apesar de há, pelo menos, três décadas estar ocupando grande parte das discussões em torno do papel do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda não carrega uma uniformidade no que diz respeito à sua configuração. Isso, por sua vez, pode vir a refletir em caminhos díspares no que tange ao desvelar da atividade hermenêutica que o Judiciário desempenha, bem como pode levar a uma visão um tanto quanto embaçada quando se quer referir aos limites que margeiam o ativismo judicial e sua relação com a manutenção do desenho institucional democrático que compete ao STF.

Nunca se interessou tanto pela forma como uma Corte Constitucional decide, como nos tempos hodierno. Afinal, o Poder Judiciário brasileiro segue uma tendência mundial, que é a de definição de controvérsias políticas e sociais por meios das suas decisões judiciais. Tais decisões, de modo especial do STF, sobre determinadas matérias, tomam proporções, por vezes, novelísticas, ao suscitarem desde meras conversas informais a manchetes em páginas de jornais de grande circulação, causando tão grande impacto na opinião pública e, por vezes, influenciando significativamente o processo decisório futuro da Corte.

Decisões judiciais com forte caráter ativista, para fins deste trabalho, revelam-se complexas e passíveis de inúmeras críticas, uma vez que tendem a uma argumentação fortemente baseada em parâmetros morais e políticos, e não propriamente judiciais. Além disso, tendem a extrapolar as capacidades institucionais do Poder correspondente e geram, conseqüentemente, um desequilíbrio no sistema de *checks and balances*, o qual se mostra essencial à saúde das instituições democráticas. Ademais, essa forma ativista de decidir tende a extrapolar os limites da interpretação constitucional, na medida em que direciona a interpretação do texto legal para justificar um entendimento que, por vezes, já se encontra consolidado.

Em face disso, tem-se como objetivo responder a perguntas como: Existem fronteiras entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático? O que pode ser entendido como fronteira? Como elas foram construídas? Elas ainda são mantidas?

Para melhor abordar essa problemática se estabelece como marco teórico as contribuições dos professores Luis Roberto Barroso e Brian Leiter. A escolha do primeiro se dá pela sua contribuição doutrinária voltada para o contexto nacional a partir dos artigos *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática* (2012) e *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria* (2015) e o segundo, por discorrer, no contexto norte-americano, sobre o papel que a Suprema Corte tem assumido ao ir um pouco mais além de suas atribuições ordinárias no artigo *Direito Constitucional, julgamento moral e a Suprema Corte como super-legislativo* (2015).

Por se tratar de um estudo de natureza teórica, adotou-se o método descritivo-analítico para apontar as particularidades conceituais abordadas por ambos os autores. Acredita-se que os parâmetros distintos, e também complementares entre os dois, em muito contribuem para a sedimentação do estudo a respeito do papel que as Supremas Cortes vêm assumindo. Outrossim, esse debate se desenhará sob uma revisão bibliográfica que inclui os conceitos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos trazidos pelos Professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Para se entender o fenômeno que se delineia a partir do ativismo judicial, faz-se *mister* considerar por primeiro a articulação entre os três Poderes em um Estado Democrático de Direito. Tal configuração deverá, necessariamente, considerar os conceitos de *checks and balances*, capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. A partir de então, haverá terreno fértil para uma valoração dos efeitos dessa postura judicial ativista nas cenas jurídica, política e social brasileiras.

Diante disso, a hipótese que se intenta sustentar é a de que cada vez mais a Suprema Corte caminha em um sentido de usurpação silente de competência a ponto de transparecer em seus juízos as convicções morais e políticas de seus membros, vertendo, assim, a (suposta) presença de fronteiras em uma mera ficção.

Passo seguinte e derradeiro consistirá em, a partir de uma análise qualitativa dos casos paradigmáticos ADPF 54 e MS 32326, discorrer criticamente sobre a leitura que se pode fazer da atuação do STF e se essa Corte, de fato, está a transpassar os limites do ativismo judicial.

1 O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROBLEMA INSTITUCIONAL

1.1 A Separação de Poderes

Para melhor abordar o objeto dessa monografia, o ativismo judicial, há que se discorrer, inevitavelmente, sobre a separação de poderes. Defende-se que a partir dessa recondução temática é que será viável a assimilação de elementos que levem à identificação de se existe ou não um ativismo na esfera judicial. Será, portanto, em cima de argumentos em prol da clássica teoria da Separação de Poderes que esse bloco se pautará.

É pacificamente aceito que existem três categorias principais de funções governamentais, quais sejam: legislativa, executiva e judiciária. De igual modo, existem três órgãos principais de governo em um Estado, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com o Princípio da Separação de Poderes, proposta pelo Barão de Montesquieu¹, estes três poderes e funções de Governo devem, em uma democracia livre, ser sempre separados e exercidos por três órgãos distintos do Governo.

Isso significa que uma pessoa ou corpo de pessoas não deve exercer todos os três tipos de poderes simultaneamente. O Legislativo deve exercer funções e poderes legislativos e não deve administrá-los ou aplicá-los. O Executivo não deve controlar o legislativo, nem assumir as funções do Judiciário.

Portanto, se o Executivo e o Legislativo são as mesmas pessoas ou corpo de pessoas, haveria o perigo de o Legislador aprovar leis opressivas, as quais o Executivo administraria para atingir seus próprios fins. Do mesmo modo, se uma pessoa ou um grupo de pessoas

¹ Destaque-se que Montesquieu ainda não preconizava a existência de um Poder Judiciário, mas reconhecia o julgar como uma função. Conforme a terminologia por ele adotada, o que hoje chamamos de Poder Executivo, em seus escritos pode-se ler “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” e de Poder Judiciário como “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”. A respeito dessa separação, chama-se ainda atenção para o seguinte trecho: “Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.”. In: MONTESQUIEU, Charles-Louis de. De l'esprit des lois. **Oeuvres Philosophiques**. Paris: Gallimard, Edition de la Pléiade, 1951, p.113. Em tradução livre, tem-se “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”.

pudesse exercer tanto o poder Executivo como o Judiciário na mesma matéria, haveria um poder arbitrário que equivaleria a uma tirania completa e não haveria objetividade da lei.

Essa ideia de separação de funções decorre da conclusão lógica de que, se os legisladores também devem ser administradores e aplicadores da lei, o povo em geral não teria a quem recorrer, caso houvesse qualquer injustiça, pois não haveria nenhuma autoridade superior.

Esta teoria tornou-se, portanto, parte integrante da estrutura governamental das sociedades modernas, mas a sua aplicação prática difere em grande medida. Teoricamente, a separação de poderes deve ter uma classificação tripla de funções e órgãos correspondentes, mas, por causa da natureza diversa e complexa de um Estado Moderno, onde o processo de criação, administração e adjudicação de leis não pode ser claramente demarcado ou atribuído a instituições separadas, a aplicação dessa doutrina em sentido estrito é muito difícil.

Essa tripartição é muitas vezes considerada uma das pedras angulares dos governos democráticos² nas sociedades modernas, pois, aparentemente evoluiu do desejo de limitar a concentração de poder dentro de qualquer ramo do governo e, conseqüentemente, evitar uma usurpação do exercício das suas competências. A importância de se construir limitações no que diz respeito às competências de cada poder via-se cada vez mais latente no sentido de evitar a formação de governos tirânicos³.

Assim, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário encontram-se munidos de competências diferentes, porém com capacidade para limitarem uns aos outros, levando a uma correlação que é muito comum no estudo do direito constitucional, qual seja, “*checks and balances*” ou “freios e contrapesos”⁴.

² A título de exemplo, pode-se destacar a previsão do artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que versa justamente sobre a tripartição de poderes. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. In: BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

³ “O oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu. Se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 296

⁴ Sobre a discussão entre a relação estabelecida entre a teoria da separação de poderes e a criação dos “*checks and balances*” tem-se que “(...) o significado atual da separação de Poderes é fruto de um amplo debate histórico

O estudo dos freios e contrapesos remonta aos séculos XVII e XVIII, que tinha como pano de fundo as revoluções burguesas e levam à construção da noção de constituição moderna, a qual incorpora a noção de separação de poderes, incitando um movimento de progresso, de olhar para o futuro. E é a partir desse movimento de caminhar adiante - para limitar o anseio pelo poder e combater o absolutismo - que se deve afastar a ideia de alguma coisa estática⁵. Muito pelo contrário, os freios e contrapesos surgiram como um mecanismo gerador de movimento.

Freios e contrapesos são, então, assimilados como um sistema caracterizado pela capacidade de autorregulação entre poderes, de modo a combater a ocorrência de abusos de poder e garantir um exercício mútuo de fiscalização⁶. É vital a observância dos freios e contrapesos no que diz respeito a uma reciprocidade de controle entre poderes⁷.

Portanto, a título deste trabalho, a teoria da Separação de Poderes significa que nenhuma pessoa ou corpo deve ser investido de todos os três tipos de poderes. Deve haver uma divisão de funções, de modo que o Legislativo ocupe-se na elaboração das leis, mas não na sua execução ou julgamento; o Executivo ocupe-se da administração dessas leis, não influenciando o Legislativo na sua elaboração, nem julgando as mesmas; e o Judiciário encarregue-se de determinar o direito e defender a lei, sem assumir as funções de legislar ou

e, portanto, a leitura do sentido da presença deste princípio na Constituição Federal deve levar em conta a evolução do conceito. A partir das várias críticas que o conceito sofreu ao longo da história, a separação de Poderes representa hoje a possibilidade *de se conciliar a soberania popular com a garantia de direitos fundamentais em uma democracia plural e voltada para as transformações sociais*. Esse sentido impede o esvaziamento do conceito e também não permite que se lhe façam leituras que excluam alguns desses elementos, pois isso seria renegar a aquisição evolutiva do conceito. Para que o princípio da separação de Poderes possa fazer sentido em uma constituição escrita no final do século XX –mas, sobretudo, lida no final do século XXI – não se pode mais imaginar que se esteja falando de uma divisão estanque de funções e sim de um complexo sistema de freios e contrapesos, que garanta o maior número de controles públicos de um Poder sobre o outro, realizado sempre com motivações públicas, de maneira a gerar pertencimento dos cidadãos à comunidade política, com mecanismos institucionais de superação da paralisia para que as transformações sociais possam ocorrer”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de poderes e as medidas provisórias em um estado democrático de direito**. 2010. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p.90. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/7700>> Acesso em: 20 de novembro de 2018.

⁵ Ibidem. p.16-17.

⁶ ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, Vol. 113, 633, 2000.

⁷ Sobre isso, destaque-se que tal preocupação moldou-se na construção do direito constitucional norte-americano, que visava contemplar tanto o aspecto horizontal (tripartição de poderes) quanto o aspecto vertical (federalismo), a fim de preservar também as liberdades individuais. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 2000, v. 1.

administrar. Esta separação é, portanto, necessária para assegurar que o Judiciário não se torne arbitrário e exceda os limites da sua atuação⁸.

O grande mérito dessa construção teórica, neste sentido, reside no fato de que ela se preocupa em preservar a liberdade humana, evitando a concentração de poderes em qualquer pessoa ou corpo de pessoas. Além disso, a separação proposta por Montesquieu não se aplicava apenas aos órgãos e suas funções, mas também ao seu pessoal. Isso, de acordo com ele, era porque, se uma pessoa que ocupa um cargo em um setor do governo deveria exercer poder em relação a outro setor, isso frustraria o propósito da própria separação. Montesquieu estava convencido de que somente através de tal sistema de separação de poderes seria possível libertar um governo dos perigos do capricho e da tirania⁹.

Reforça-se, dessa forma, que o falar em separação de poderes deve representar um processo político dinâmico, que conduz a uma adequação de movimentos em prol do equilíbrio institucional¹⁰. Não se encaixa na tripartição de poderes a edificação de uma sociedade engessada, mas em constante evolução.

⁸ “La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen. Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pour-rait avoir la force d'un oppresseur.” In: MONTESQUIEU, Charles-Louis de. Op. Cit. Em tradução livre “A liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

⁹ Sobre isso, Montesquieu pontua que existem dois tipos de tirania: real e de opinião. A primeira versa sobre a violência do governo, enquanto que a segunda versa sobre aquela sentida quando os governantes estabelecem coisas que ferem o modo de pensar de uma nação. No vernáculo “Il y a deux sortes de tyrannie : une réelle, qui consiste dans la violence du gouvernement; et une d'opinion, qui se fait sentir lorsque ceux qui gouvernent établissent des choses qui choquent la manière de penser d'une nation”. In: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Op. Cit., p.203.

¹⁰ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. Op. Cit., p.20.

Partindo, assim, dessa perspectiva e ao direcioná-la para o contexto brasileiro de separação de poderes, logo se adentra no caráter dinâmico do sistema constitucional e seu reflexo nas atividades institucionais. A respeito disso, é vislumbrado na academia – e com alguma frequência – o tecer de críticas no que diz respeito à violação da separação de poderes¹¹. Contudo, é entendido que essa abordagem se justifica pela existência das diferentes óticas que podem existir em torno da teoria clássica aqui abordada¹². Há, pois, uma imprecisão conceitual na doutrina a respeito do que hoje pode representar o princípio da Separação de Poderes.

Ciente dessa imprecisão, a noção adotada para a abordagem aqui proposta é aquela atrelada à perspectiva dos desenhos institucionais¹³. Quando se fala em desenho institucional, pensa-se na estrutura, na composição da instituição, sua esfera de atuação e em seus agentes. Tal concepção advém da prática institucional, na qual se observa o desempenho de seus agentes e as consequências de seus atos. Dessa forma, torna-se possível o estudo do comportamento da instituição e, conseqüentemente, sua contribuição para a teoria institucional.

Outra contribuição que deriva da teoria institucional é a compreensão em torno dos efeitos sistêmicos¹⁴, que se referem aos resultados gerados a partir de uma determinada decisão, suas consequências¹⁵. Essas decorrências, por sua vez, detêm naturezas diversas, como administrativa, jurídica e, principalmente, política e são também reflexo das interações estabelecidas tanto entre instituições quanto entre instituições e sociedade, colaborando para

¹¹São exemplos os escritos: BRASIL, Ana Larissa da Silva; GOMES, Robson. **A teoria da separação dos poderes e a supremacia**: o Supremo Tribunal Federal na Constituição cidadã. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 34, p. 99-117, ago. 2016; LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**: estudos de casos – abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009; STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

¹³ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**: institutional design writ small. New York, NY: Oxford University Press, 2007

¹⁴ VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

¹⁵ A respeito do que é proposto por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, há que se destacar que o enfoque deles se concentra sobre como as instituições tomam decisões em cima de casos singulares, pois eles trarão reflexos que podem comprometer o equilíbrio das instituições. A partir do momento em que se decide sobre qual é o melhor procedimento decisório, sobre como decidir, as imprecisões serão menores e os equívocos, menos piores.

um desenho institucional que dialogue diretamente com um Estado Democrático de Direito¹⁶. Para essa relação, a título metodológico, optou-se por adotar a expressão “desenho institucional democrático”.

Diante disso, o protagonismo institucional tem papel fundamental para a manutenção de suas atividades, bem como para a manutenção de direitos entendidos como básicos e observância das normas constitucionais. Há, deste modo, que se atingir um equilíbrio entre o que se prevê a partir dos efeitos sistêmicos presentes nas atividades institucionais e como isso interferirá no âmbito das decisões a fim de obter bons resultados nas esferas constitucional e democrática. O objetivo final, a partir dessa balança, consiste em fazer uso de uma lente eivada de valores democráticos para que não se violem direitos fundamentais¹⁷.

Tem se observado que paralelamente a extensão das capacidades institucionais para posturas atreladas a teorias deliberativas e processos decisórios, há uma maior atenção alimentada por parte dos agentes institucionais a respeito do quanto estes se encontram ou não devidamente instrumentados para desempenhar suas funções dentro dos moldes da Constituição. Entende-se que isso pode ser considerado um demonstrativo de que quando há

¹⁶ GRIFFIN, Stephan. American Constitutionalism: From Theory to Politics. Princeton: **Princeton University Press**, 1999.

¹⁷ Ainda sobre a discussão a respeito de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, chama-se atenção para a seguinte análise que destaca que “(...) Sobre essa discussão, destaque-se a seguinte análise, que diz que “Para uma compreensão mais bem definida dos efeitos sistêmicos, é possível considerar a existência de três características que lhe são centrais. A primeira característica dos efeitos sistêmicos é o processo dinâmico pelo qual se conduzem, envolvendo toda a ordem institucional, em que há uma dinâmica permanente e contínua em seu desenvolvimento. Assim, os efeitos sistêmicos são sempre responsáveis por trazer implicações sucessivas da atividade institucional às demais instituições ou a ela mesma. As instituições, quando sofrem as implicações dos efeitos sistêmicos, dependem de suas capacidades institucionais. Isto ocorre por causa da segunda característica dos efeitos sistêmicos: o grau do desempenho da atividade institucional precisa ter seu respectivo respaldo em termos de capacidades institucionais. Quando o desempenho institucional em resposta às demandas dos efeitos sistêmicos não alcança o respectivo grau de capacidades institucionais, surgem problemas institucionais. Desta maneira, um problema institucional é resultado do insucesso de uma instituição em responder às consequências dos efeitos sistêmicos através de suas capacidades institucionais. Em síntese, a segunda característica dos efeitos sistêmicos é seu potencial para ensejar problemas institucionais. Evidentemente, tal problema produzirá outros efeitos sistêmicos, com a tendência de que sejam estes negativos. A terceira característica dos efeitos sistêmicos se encontra em uma dimensão democrática e legitimatória da atividade institucional. A relação entre efeitos sistêmicos e capacidades institucionais pode ser adotada como uma nova concepção para o fenômeno legitimatório das instituições. À medida que o desempenho da atividade institucional ocorre de maneira mais ou menos problemática e de acordo com suas capacidades institucionais, esta ensejará outros efeitos à esfera social. Este será o parâmetro para arguir, em uma perspectiva institucionalista, se há legitimidade na atividade institucional. In: Bolonha, C., Almeida, M., & Rangel, H. (2013). A legitimidade na teoria institucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 7(22), 148-169.

essa ponderação e não se verificam capacidades satisfativas, pode-se abrir um leque para uma atuação de caráter extraordinário, podendo levar à justificação em torno da deferência judicial em face das agências reguladoras, por exemplo.

A partir dessa contextualização, já se pode começar a esboçar alguma resposta às problematizações apresentadas inicialmente. De fato, mediante previsão constitucional, são estabelecidas fronteiras de ordem normativa e que essas são diretamente refletidas na composição das instituições e nas atividades de seus agentes, configurando um desenho institucional que deve ser margeado por um querer de ordem democrática. Por sua vez, o zelo por essa democracia é capaz de ser vislumbrado na *práxis* através da identificação das capacidades institucionais e seus efeitos dentro do sistema em que as instituições se inserem.

A fim de robustecer o debate em torno das considerações ora traçadas a respeito da teoria institucional, passa-se ao segundo tópico. O item seguinte tem como propósito explorar, especificamente, as críticas atualmente feitas em torno das capacidades institucionais. Acredita-se que, a partir desse olhar crítico será possível conferir maior profundidade às respostas que aqui são buscadas para melhor desenhar a relação travada entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático.

Essa escolha se justifica pelo fato de que a expressão “capacidades institucionais”, cada vez mais, tem sido adotada como argumento dentro das discussões no contexto do constitucionalismo nacional. A partir desse conceito intenta-se encontrar diretrizes e respostas acerca do procedimento deliberativo do Judiciário, muitas vezes valendo-se da complementação de outras linhas teóricas, como da teoria da argumentação, para tal.

1.2 Aplicação do argumento “capacidades institucionais”

O que se tem observado é que, embora exista uma uniformidade quanto ao uso da expressão “capacidades institucionais” como instrumento argumentativo no estudo da atuação institucional, é também este um recurso usado para identificar padrões de comportamento – seja para endossá-los, seja para criticá-los –, principalmente, no exercício jurisdicional.

Ocorre que, muitas vezes, a adoção do termo limita-se ao plano das ideias e, quando contraposto factualmente, os resultados podem mudar, revelando uma postura judicante não mais tão anódina quanto antes. A fim de contornar essa dicotomia, é muito comum que se recorra ao artigo “Interpretation and Institutions”, de autoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹⁸ para abordar os principais argumentos encontrados no campo de significação que a expressão “capacidades institucionais” abarca na teoria institucional. Afinal, trata-se de um marco na literatura seminal sobre o tema e a abordagem empreendida trabalha, além do aspecto teórico, o aspecto prático, levando em consideração as condições institucionais existentes.

Considerando que o objeto ativismo judicial, além de ter enfoque no Judiciário, perpassa as linhas de interação com o Executivo e com o Legislativo, podendo ferir o Estado Democrático de Direito que o Brasil se propôs a acastelar, entende-se que é necessário empregar uma maior acuidade na adoção do conceito “capacidade institucional”, de modo a trazer para essa pesquisa a visão crítica que tem sido hodiernamente difundida. Para tanto, optou-se por analisar as perspectivas trazidas pelos Professores Fernando Leal e Diego Werneck no artigo “O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo”¹⁹.

Os autores identificam dois padrões quanto ao uso da expressão “capacidades institucionais”. Em um sentido há a remissão às habilidades, recursos, condições e limitações concretas das instituições na função jurisdicional. Dentro dessa compreensão há a possibilidade de recomendar ou criticar a adoção de um posicionamento deferente em face das decisões tomadas por outras instituições. Trata-se do clássico exemplo de que um tribunal aplica uma teoria que funciona perfeitamente em um mundo ideal, mas que quando transposta para a realidade, acarreta em resultados que podem ser avaliados como “perversos”.

O outro sentido seria o de uma maior abrangência da dimensão institucional presente na expressão “capacidades institucionais”. É, então, proposta uma apreciação do

¹⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002.

¹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

desenvolvimento das capacidades em arranjos determinados por uma variedade de atores judiciais e não-judiciais, e ambos marcados por diferentes capacidades, recursos e mecanismos que facultam as escolhas feitas em uma tomada de decisões. Até mesmo em casos de decisões acerca de como tomar a melhor decisão.

A partir desse quadro que faz uma comparação de capacidades do Judiciário e das instituições que são direta ou indiretamente afetadas por suas decisões é que se dá o próximo passo de tentar apontar os limites de atuação das cortes em uma situação de possível tensão interinstitucional. Seguindo essa perspectiva, há o reconhecimento de uma estrutura geral que leva ao argumento de que o Poder Judiciário, de fato, pode oferecer respostas para algumas questões que serão por ele apreciadas. No entanto, há limitações e outras instituições possuem uma maior condição de oferecer respostas próprias ao problema apresentado. Seria essa uma maneira de demonstrar que a atuação do judiciário seria insuficiente ou, por vezes, deficitária²⁰.

É destacado que é comum, na doutrina nacional, remeter ao texto "Interpretation and Institutions" para referenciar o argumento pautado nas capacidades institucionais, pois entende-se que nele são trazidos elementos que auxiliam em um melhor entendimento em torno do exercício da discricionariedade judicial. Outrossim, o texto também pondera os recursos e limitações inerentes às instituições e suas capacidades de dissolução dos problemas que a elas chegam. A partir do exemplo do caso Cesare Battisti, em que o Ministro Luis Fux aborda explicitamente em seu voto a carência de capacidade institucional do Supremo para tomar decisões políticas no âmbito internacional. Para sustentar tal alegação, adota-se o termo "institutional capacities" e faz-se a referência devida aos professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule²¹.

²⁰ Sobre isso, leia-se "(...)é certo que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar". Op. Cit. p.2.

²¹ "Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de "institutional capacities", cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28. Disponível em: , acesso em 27/05/2011) – o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na

Apesar de a referência a ambos os autores e ao conceito ser recorrente, postula-se pela necessidade de reconstruir o conceito em estudo para entender sua adequação ao contexto jurídico brasileiro. Será que vem sendo adotado no mesmo sentido que Sunstein e Vermeule se valeram? Diego Werneck e Fernando Leal se posicionam no sentido de que "capacidades institucionais" deveria ser uma expressão entendida como uma "síntese de um esquema argumentativo com pressupostos, condições e um método de operacionalização específicos".

É defeso que a partir desse ponto de vista será possível, enfim, estimar a pertinência de importar a ideia de capacidades institucionais. Seriam esses os mesmos elementos que concederiam a estrutura argumentativa em questão alguma precisão às discussões em torno da deliberação do judiciário e que já estipulam as funções e os meios disponíveis à função judicial quando em contraponto a outras instituições públicas.

Passo seguinte consiste na identificação de três premissas e uma estratégia básica de raciocínio que conduzem à leitura do argumento das capacidades institucionais. São eles:

"(i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo."

A leitura dessas premissas permite conhecer que o raciocínio lógico erigido é a de que concluir que há alguma solução ideal que pode ser alcançada pelos órgãos decisores, bem como estes devem se esforçar para se aproximar o máximo possível desse ideal é uma utopia. Em verdade, o que se deve buscar é atrelar "os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a 'segunda melhor' solução"²². Isso significa dizer que os autores estão a defender o que

esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Avulsa na Extradução n. 1085/ Reclamação n.11243, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento 08/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 15 de novembro de 2018.

²² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Op. Cit. p.11.

se entende como “*second-best*”²³, que pode ser interpretada como a saída mais aconselhável que pode ser formulada entre um estado considerado ideal e um estado que é passível de ser alcançado através da atividade institucional. Conforme a hipótese sustentada pelos autores nacionais, esse seria o termômetro para uma adequação entre posturas institucionais e métodos decisórios. Sem esse pormenor, poder-se-ia dizer que o argumento das capacidades institucionais se descaracterizaria.

Partindo dessa reconstrução, o próximo passo consistiu na identificação da multiplicidade de argumentos que não se encaixam no modelo por eles proposto. É pontuado, inclusive, que seria um erro de aplicação teórica ter argumentos “que se apresentam dentro da estrutura adequada, mas não se desincumbem dos ônus argumentativos a ela vinculados”²⁴. Outro exemplo seria a aplicação de construções conceituais distintas, que não se valem da devida estrutura de raciocínio lógico para utilizar a noção de “capacidades institucionais”, apesar de adotarem a expressão. Esse segundo caso sequer se consideraria um erro, mas uma aplicação teórica outra. É entendido que esses dois casos configuram riscos para a precisão teórica que deveria banhar o conceito em análise e, caso essa postura perdure, há riscos de se recair em formulações banais, redundantes ou absurdas para o emprego das capacidades institucionais como argumento.

1.2.1 Das capacidades nas relações entre instituições

Feita a reconstrução do conceito de “capacidades institucionais”, passa-se agora a uma discussão em torno dos limites e atuações inerentes a função judicial. Para aprofundar essa questão, é identificado pelos professores Werneck e Leal a existência de dois argumentos, os intrainstitucionais e os interinstitucionais. Enquanto primeiro se refere a apreciação de diferentes respostas para a pergunta sobre como o Poder Judiciário deve decidir, o segundo diz respeito a questão sobre quem deve decidir. A relevância que envolve esses dois argumentos instiga seus pensadores a, primeiro, ponderar a respeito da inclusão de juízos empíricos para defender suas teses e, segundo, leva a exposição de uma certa deficiência nas análises em torno das escolhas feitas pelo Poder Judiciário, de modo a focar apenas nos méritos e deméritos da instituição e, *a posteriori*, tentar demonstrar a existência de um vazio institucional.

²³ VERMEULE, Adrian. The interaction of democratic mechanisms. **The Good Society**, Vol. 18, 1, 2009.

²⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Op. Cit. p.12.

Pode ser entendido que ao se tentar criar tensões interinstitucionais, elas não devem ser observadas apenas em relação ao judiciário, mas também em relação aos méritos e deméritos das outras instituições que também podem ou poderiam oferecer soluções para o problema que é apresentado.

Inserido ao argumento de que devem existir verificações de ordem empírica no momento de apontar como os membros do Poder Judiciário deveriam decidir, devem ser consideradas condicionais/variáveis como a proporção entre a limitação do tempo, o quantum de processos, a escassez estrutural e a meta a ser cumprida. Nessa perspectiva, além de se considerar as condições factuais, há também a substancialidade de cada sujeito julgador. Ademais, se está falando de aplicar uma teoria normativa a "juízes diferentes em condições diferentes"²⁵.

Em face disso, não se deve olvidar do contexto e das relações referentes ao exercício das competências judiciais, pois caso contrário o pesquisador recairia em um erro metodológico para sustentar suas críticas e apontamentos. Outra questão que deveria ser enfrentada é a que demanda por que o Judiciário, com todas as suas condicionais, e não outra instituição, é que deveria encarar alguns problemas específicos? Sobre isso, discorre-se que quando se avalia como um juiz deveria decidir, se deveria aplicar teoria A ou B, há que se levar em consideração que esse agente não está atuando em um vazio institucional. Há outras instituições, além dos juízes, que também estão enfrentando questões sociais que envolvem não apenas uma hermenêutica como também o emprego de normas jurídicas. E é devido a esse quantitativo de relações que se concretizam as tensões interinstitucionais e intrainstitucionais.

São questões inerentes à horizontalidade presente na distribuição de poder e que acarretam, inevitavelmente, em imbróglis de ordem institucional. Por isso, quando se é feita uma referência às "capacidades institucionais", está também a se dirigir às problemáticas que podem estar dentro da esfera de competência de uma instituição, bem como as soluções dadas

²⁵ “Assim, um argumento de capacidades institucionais força a teoria em análise a explicitar o seu alcance esperado, com os ônus específicos daí decorrentes, já que as variáveis ligadas aos recursos e limitações dos órgãos decisórios não são idênticas para juízes em diferentes sistemas jurídicos, para juízes de tribunais superiores e juízes de primeira instância, nem entre juízes em tribunais e varas “generalistas” e tribunais e varas “especializados”. In: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Op. Cit. pp.14-15

por essa instituição poderão repercutir sobre os fins que são também compartilhados pelas outras instituições.

Outro elemento que merece destaque no estudo dos professores Werneck e Leal, é o que eles denominam por "falibilidade potencial das decisões tomadas sob condições de risco ou incerteza para justificar a importância de se medir comparativamente as capacidades de diferentes instituições". No que tange a esse aspecto, chama-se atenção para o comparativo que pode ser traçado entre as atuações institucionais para que se verifique a possibilidade de reduzir as chances de erro ao indicar aquela instituição que falhará menos. Diante disso, recaia-se sobre alguns pressupostos institucionais estruturais, especificamente sobre os itens funcionalismo e especialização, que particularmente interessam à evolução do objeto proposto nesse trabalho.

Em conformidade com o já discorrido anteriormente, é entendido que vinculado ao argumento das capacidades institucionais há a noção de separação de poderes e desenho institucional. Dentro dessa correlação há o desempenho de diferentes funções que são posicionadas, na melhor medida possível, para o grau de governo ou sociedade que poderá melhor desempenhá-las. Portanto, à separação de poderes é atribuído como palavra-chave o termo "especialização".

É então feita uma analogia em que a Constituição seria a planta que foi elaborada pelo arquiteto institucional. Esse arquiteto, por conseguinte, se torna responsável pela distribuição de competências e poderes entre as instituições por ele planejadas a fim de alcançar alguns fins. Logo, a cada instituição criada são concedidas "condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos"²⁶.

Quando ocorre essa divisão de funções entre as instituições, pressupõe-se que as suas decisões serão oportunas para os problemas que elas são convidadas a resolver. É interpretado pelos autores que a noção de especialização é uma idealização, pois mesmo que se tenha em mente que houve uma distribuição de poderes diferente para instituições diferentes a partir de um critério de especialização no texto original da Magna Carta, a realidade do sistema constitucional, por si só, é dinâmica.

²⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Op. Cit. pp.16-17.

É identificado um movimento que ainda está se iniciando de alocação de poder entre instituições. Contudo, são apontados alguns possíveis problemas em torno dessa alocação, como o fato de poder ser ambígua, levando a uma recondução para esferas de atuação legítima de mais de uma instituição, e as instituições, por outro lado, podem se valer de sua parcela inicial de poder para oferecer uma leitura distinta daquela que fora originariamente pensada. Tem-se, assim, um exemplo da complexidade e da dinâmica pela qual o desenho original de separação de poderes passa ao longo do tempo. Consequentemente, isso leva a um exercício natural de comparação de capacidade entre as diferentes instituições. Sobre isso, tem-se a seguinte síntese:

“Nesse contexto, o argumento das capacidades institucionais é essencialmente um argumento de natureza constitucional que conjuga entre os seus pressupostos um tipo de leitura funcionalista da divisão de poderes com os ideais regulativos de unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional em torno de fins constitucionalmente estabelecidos.”²⁷

Isto posto, conclui-se que diante de uma comparação de capacidades entre instituições diferentes, o propósito almejado é identificar qual a instituição mais capacitada para resolver o problema que se apresenta. Assim, o argumento das capacidades institucionais expressaria uma investida para eliminar as redundâncias e ambiguidades que podem surgir no desenho institucional.

Com o fechar desse subtópico, acredita-se que mais um paço está sendo dado para o desobscurecer das questões trazidas inicialmente a respeito das fronteiras existentes entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático. A partir da abordagem de parcela da crítica trazida em torno do argumento das capacidades institucionais apresentadas no estudo dos desenhos institucionais, desenvolve-se a percepção de que a construção das capacidades possui uma natureza constitucional, a qual objetiva a manutenção de um equilíbrio institucional. Esse equilíbrio, em consequência, é margeado por fronteiras, que podem ser lidas como as competências de cada poder e que, apesar de não serem fronteiras estáticas ratificam o compromisso firmado entre as instituições para atingir o que fora previsto originariamente no texto constitucional.

²⁷ Ibidem. p.19

1.3 O papel contramajoritário das Cortes

Outro termo essencial ao estudo do ativismo judicial dentro da teoria institucional é a “dificuldade contramajoritária”. Trata-se de um conceito criado a partir dos debates acerca do *judicial review* na teoria constitucional norte-americana²⁸. Alexander Bickel²⁹ defendia que o *judicial review* era um recurso anômalo tendo em vista o cenário político norte-americano, pois se tratava de um mecanismo que defenderia os interesses de uma parcela de poder que não representava a maioria democrática. Assim, ao *judicial review* foi aferido o predicado “força contramajoritária” em face de democracia norte-americana. A força contramajoritária, por sua vez, consistiria na legitimidade que o poder jurisdicional detinha para contrapor uma norma do Poder Legislativo³⁰.

A partir da predicação trazida por Bickel, pode-se dizer que a dificuldade contramajoritária consiste na concepção de que uma decisão judicial tomada em um Estado Democrático de direito e que confronte juízos de ordem econômica ou política que foi externada pelos Poderes Legislativo e Executivo, ambos marcado pelo caráter da elegibilidade, é vista com desconfiança. Essa desconfiança resulta de um descaminho em relação ao que é esperado de uma democracia, pois os magistrados não foram eleitos pelo povo através do voto e nem sofrem sanções de ordem política por emitirem uma decisão que não contemple a maioria.

Se por um lado o controle de constitucionalidade seria um instituto que tem como fim a proteção da supremacia da Constituição, ao mesmo tempo, figuraria como uma dificuldade contramajoritária por ferir a vontade da maioria. Os membros do Poder Judiciário, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, não possui representantes eleitos e, por causa disso, não refletiria o anseio da maioria. Assim, ao aplicar o *judicial review*, sua postura seria contramajoritária. Assim, ao se declarar a inconstitucionalidade de uma norma, segundo

²⁸ Sobre tal assunto, indica-se a leitura complementar de BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício e RANGEL, Henrique. A supremacia judicial em sua essência: para além do casuísmo teórico. **Sequência (Florianópolis)** [online]. 2013, Vol. 34, n. 66, pp. 261-282.

²⁹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

³⁰ BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, dez.2014.

Bickel, se feriria a essência democrática, qual seja, a representação do povo pelos Poderes Legislativo e Executivo em face de uma decisão tomada por agentes não eleitos.

Diante disso, coloca-se em cheque a legitimidade do Poder Judiciário no que tange a competência de determinar se uma lei, em face da Constituição, é válida ou não. A partir dessa problematização, a pergunta que se faz é se há um cruzar de fronteiras, de limites entre as competências, se está a ocorrer um transbordar na atuação judiciária tendo em vista o fim básico de zelar por uma ordem institucional democrática. Estaria, então, essa postura supostamente ativista ferindo o desenho institucional democrático?

Os fundamentos de Bickel perpassam pelo entendimento de que na Constituição encontra-se a declaração de vontade do povo e essa é prevalecente, inclusive, quando o legislador legisla em sentido contrário ao que preceitua a Constituição. Ocorre que, ainda que esse tenha legitimidade para legislar em nome do povo que representa, nem sempre o compromisso é mantido após o escrutínio eleitoral, tendo em vista a prerrogativa de liberdade de posicionamento, mesmo que esse esteja contrário à vontade da maioria.

A dificuldade contramajoritária, assim, faz-se presente porque as questões que afetam o equilíbrio institucional se sobrepõem aos limites formais. A fim de aprofundar a questão da dificuldade contramajoritária no contexto nacional, assim como trazer considerações teóricas que toquem diretamente a sua relação com o tema do ativismo judicial, especificamente na seara das Supremas Cortes, passa-se à discussão teórica do capítulo seguinte.

2. O ATIVISMO E O SUPREMO

2.1 A interpretação de um ministro

A partir da contextualização trazida no capítulo 1, foi apresentado um arcabouço teórico do estudo das instituições, o qual pretendeu alcançar pormenores doutrinários que se acredita serem elementares para oferecer um novo olhar sobre a discussão em torno da separação de poderes e, conseqüentemente, do ativismo judicial. Esse, por sua vez, será mais bem aprofundado no capítulo que se inicia.

A fim de trazer uma abordagem teórica que contemple o estudo do ativismo judicial a partir de sua percepção no cenário brasileiro, optou-se, nesse primeiro momento, pela análise das contribuições proferidas pelo Professor Luís Roberto Barroso nos artigos *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática* (2012)³¹ e *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria* (2015)³². Não obstante a relevância de seus escritos para o Direito Constitucional, os artigos acabam por transmitir a visão que é alimentada por um dos próprios ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal, o que pode-se dizer que, de algum modo, reflete indícios do comportamento desse corpo institucional.

No artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática* (2012) tem-se uma abordagem que chama a atenção para a centralidade do STF no exercício deliberativo em torno de questões de repercussão nacional, o que atraiu e continua atraindo muitas críticas e comentários. Foi esse cenário que motivou a reflexão em torno do tema do ativismo judicial. É defendido que não se trata de uma peculiaridade da Corte brasileira, uma vez que cortes constitucionais ou supremas cortes pelo mundo afora ganharam notoriedade por seu protagonismo na tomada de decisões que detinham um grande alcance de ordem política, que versavam sobre a adoção de políticas públicas e até mesmo de predileções de cunho moral.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1 (2012)

³² BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a justiça constitucional, nos países ocidentais, avançou sobre o âmbito da política majoritária, ou seja, aquela em que no Legislativo e no Executivo são eleitos representantes através de voto popular. Exemplo disso foi o protagonismo da Suprema Corte norte-americana no caso *Bush v. Gore*³³, bem como a atuação da Suprema Corte israelense ao decidir sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais quando da construção de um muro fronteiriço com o território palestino. Igual forma ocorreu com a Corte Constitucional turca, que protegeu o Estado laico do crescimento do fundamentalismo islâmico, dentre outros casos.

Esses casos trazem uma ilustração de como é tênue a fronteira entre a justiça e a política no mundo contemporâneo. Sobre isso, a particularidade do caso brasileiro chama atenção por suas grandes extensão e volume. Foram incontáveis as questões que, sujeitas à Constituição, ao contexto político e às competências dos três poderes, chegaram à instância do STF.

As discussões em torno do STF tornaram-se uma manchete constante nos cadernos de política, economia, ciência e polícia nos jornais de grande circulação. Outra característica que merece destaque é a transmissão dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça que, se por um lado publiciza ainda mais as discussões da Corte, por outro lado, abre margem para estudos e críticas. Dentre esses dados, o que destaca é a interpretação de Barroso ao pontuar que:

"Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia"³⁴.

A respeito dessa interpretação, pode-se dizer que se trata de um ponto de vista que pode não contemplar a todos os lados da discussão em torno da publicidade dada ao STF, pois também pode ser gerado um clima de incerteza ao redor do comportamento da Corte. Ao mesmo tempo em que a deliberação é transmitida ao que acredita ser na sua integralidade, há um caráter personalista quando determinado ator da corte emite algum voto que o exponha

³³ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)

³⁴ BARROSO, Luís Roberto (2012). Op. Cit. pp.1-2.

como indivíduo, ou seja, que o exponha pessoalmente, além das paredes do STF³⁵. Desta forma, pode haver alguns riscos em torno dessa deliberação eivada de transparência, mas essa se trata de uma discussão ainda em desenvolvimento no Brasil³⁶.

2.1.1 Judicialização e Ativismo Judicial são a mesma coisa?

Barroso conceitua "judicialização" como sendo o fato de que questões possuidoras de grande repercussão de caráter político ou social não estão sendo decididas pelas instâncias políticas entendidas como tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, mas pelos órgãos do Poder Judiciário. Ele interpreta que, intuitivamente, a judicialização carrega em si uma noção de que há uma transferência de poder para os juízes e para os tribunais, o que leva a algumas modificações substanciais quanto à linguagem adotada na argumentação e na maneira como a sociedade participa. As causas desse fenômeno podem expressar tanto uma tendência global quanto uma relação direta com o modelo institucional brasileiro.

Com o intuito de resgatar a historicidade para explicar as causas da judicialização, é entendido que o pontapé inicial foi a redemocratização do Brasil, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, como nas últimas décadas houve uma "recuperação das garantias da magistratura", o Poder Judiciário passou de um departamento técnico especializado para um poder político apto a tornar realidade as previsões constitucionais e as leis, principalmente quando em embate com outro Poder.

A segunda causa seria a "constitucionalização abrangente", que importou para a Constituição matérias que antes ficavam a cargo do processo político majoritário e da

³⁵ SILVA, Vírgilio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>> Acesso em 17 de novembro de 2018.

³⁶ Sobre essa discussão, recomenda-se a leitura de alguns escritos, tais como: FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016; FONTE, Felipe de Melo. **O Supremo Tribunal Antes e Depois da TV Justiça: Rumo à Sociedade Aberta de Telespectadores?** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>; MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>; SILVA, Virgílio Afonso. Um Voto Qualquer? O papel do Ministro Relator na Deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Vol 1, 1, 2015.

legislação ordinária. Segundo seu entendimento, a "Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador"³⁷. E, por fim, a terceira causa da judicialização seria o "sistema brasileiro de controle de constitucionalidade" como sendo um dos mais abrangentes do mundo.

Graças a sua classificação como híbrido ou eclético, o controle de constitucionalidade faz a junção dos sistemas americano e europeu, de modo que se adota a fórmula americana de controle incidental e difuso e o modelo europeu com o seu controle por ação direta. A partir desses dois referenciais, um juiz ou tribunal não seria obrigado a aplicar uma lei se a considerar inconstitucional e, igual modo, haveria a permissão para que determinadas matérias sejam levadas imediatamente ao STF.

Soma-se a isso o direito de propositura amplo previsto no art. 103, da CRFB/88³⁸, que prevê que diversos órgãos, assim como entidades públicas e privadas têm a permissão para ajuizar ações diretas, o que levou muitas questões³⁹ sob a forma de ação direta de

³⁷ BARROSO, Luís Roberto (2012). Op. Cit.,p.2.

³⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

³⁹ São exemplos "a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); b) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros. (...)Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: a) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); b) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Ellwanger*) e a possibilidade

inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental à apreciação do STF.

Diante da identificação do quadro enfrentado pela Suprema Corte brasileira, Barroso defende que essa instituição foi provocada a se manifestar e vem atuando dentro de seus limites, pois uma vez que foram preenchidos os limites formulados, o tribunal não poderia esquivar-se. Desse modo, acrescenta que não foi intencionada pelos ministros a criação de uma hegemonia judicial, não decorrendo de uma escolha ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, mas apenas cumpriu-se a previsão constitucional que existe dentro do desenho institucional em vigência.

Outro ponto relevante em seu artigo é a consideração de que judicialização e ativismo judicial são primos, ainda que não tenham sido gerados pelas mesmas causas. Enquanto que a judicialização, no Brasil, seria uma circunstância que deriva do modelo constitucional adotado, e não como um exercício que advém da vontade política, o ativismo abarca uma participação mais "ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"⁴⁰. Ainda dentro dessa caracterização, entende que a postura ativista pode ser expressa por condutas que incluem características, tais como:

“a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”⁴¹.

É também ressaltado que as origens do ativismo vêm da jurisprudência norte-americana e que, inicialmente, foi marcada por uma postura mais conservadora por parte da Suprema Corte, tal como ocorreu nos casos *Dred Scott v. Sanford* (1857)⁴² e *West Coast v.*

de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos.”In: BARROSO, Luís Roberto (2012). Op. Cit. pp.3-4

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto (2012). Op. Cit. p.5.

⁴¹ Ibidem.

⁴² *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1837).

Parrish (1937)⁴³. Apenas a partir da década de 50 é que a postura da Corte começou a adotar traços mais progressistas, conforme pode se observar nos casos *Brown v. Board of Education* (1954)⁴⁴, *Miranda v. Arizona* (1966)⁴⁵, *Frontiero v. Richardson* (1973)⁴⁶, *Griswold v. Connecticut* (1965)⁴⁷ e *Roe v. Wade* (1973)⁴⁸.

Por conseguinte, é identificado como oposto ao ativismo a "autocontenção judicial"⁴⁹, que seria a conduta adotada pelo Judiciário para reduzir sua interferência na esfera de atuação dos demais poderes. A diferença, no entanto, entre ativismo e autocontenção seria metodológica, porque enquanto o primeiro visa uma maximização das potencialidades do texto constitucional, o segundo restringiria o espaço de incidência da Constituição em prol de instâncias políticas. Feita essa distinção, assume-se que o judiciário brasileiro, sim, tem adotado uma postura eminentemente ativista, mas que isso se daria em função de um princípio democrático. Em resumo, haveria uma dotação positiva nessa postura, pois o Judiciário estaria atuando em função das demandas sociais que não são contempladas pelo parlamento, por exemplo.

Por outro lado, como perspectiva negativa, é defendido o argumento de que o problema estaria no Poder Legislativo, pois esse enfrenta dificuldades particulares à instituição e uma proposta para reverter isso seria a reforma política. A partir desse prisma, argumenta Barroso que há uma postura letárgica por parte do Legislativo, uma vez que é entendido que ele não possui uma ampla e forte atuação política tal como a que deveria ter. Prova disso seria a repercussão que pairou em torno do julgamento da corte a respeito das pesquisas com células-tronco embrionárias quando comparado com a parca repercussão que teve o debate público sobre o processo legislativo que culminou na redação da lei. Diante

⁴³ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

⁴⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁴⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁴⁶ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973)

⁴⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

⁴⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

⁴⁹ "Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.". In: BARROSO, Luís Roberto (2012). Op. Cit. p.5.

dessa defesa, é inevitável notar que há uma clara parcialidade no discurso adotado pelo professor.

2.1.2 As críticas e os riscos inerentes à judicialização e ao ativismo

Em contra-argumentação às críticas que são comumente feitas à judicialização e ao ativismo judicial, identificou-se que essas se sustentam em três pilares: nos perigos que a legitimidade democrática corre, na politização indevida da política e na capacidade institucional do Judiciário. Apesar de entender que essas críticas não invalidam a relevância de atuação do judiciário, mesmo assim opta por realizar ponderações que tentam demonstrar que não se trata de uma situação tão grave assim para a ordem democrática.

Sobre os riscos de legitimidade democrática, que envolve justamente o fato de os membros do Judiciário não serem membros eleitos, tem-se que esses atuam politicamente para, por exemplo, invalidar os atos de outros poderes. A essa iniciativa, a teoria constitucional nomeia como "dificuldade contramajoritária", termo este que já faz parte do grupo de conceitos trazidos no primeiro capítulo. Essa garantia da democracia, para Barroso, não seria um risco, mas uma representação indireta da vontade popular.

Sua conclusão paira sobre o fato de que, dentro da razoabilidade da interpretação constitucional, o que deve prevalecer são as escolhas do legislador, porque ele tem o condão do voto popular. E, em caso de ocorrer uma atuação contramajoritária - em caráter extraordinário -, essa certamente se dará pró democracia. Em resposta a essa "falta de legitimidade" para invalidar decisões oriundas de representantes eleitos, são apresentadas uma justificativa de natureza normativa e outra de natureza filosófica.

No que diz respeito à natureza normativa, é ressaltado que a Constituição confere esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao STF. Devido ao fato de os magistrados não possuírem vontade política própria, quando aplicam a Constituição e as leis, eles estão a concretizar decisões que foram tomadas pelo constituinte, pelo próprio legislador, ou seja, pelos representantes do povo.

A justificação de natureza filosófica, por sua vez, se pauta na apresentação de alguns conceitos como "constitucionalismo" sendo um poder limitado e que respeita os direitos fundamentais. Igual modo, "democracia" significa soberania popular e governo do povo. Portanto, entre democracia e constitucionalismo haveria direitos fundamentais e governo de maioria, de modo que poderiam emergir situações de conflitos e tensões.

A despeito disso, Barroso defende que a Constituição precisa cumprir dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e a alternância de poder. Isso não significa dizer que a democracia se limita a um princípio majoritário, de modo que a democracia é sinônimo também de uma representação de minorias e é nesse diapasão que o STF atua, ou seja, protegendo valores e direitos fundamentais, ainda que em face da maioria.

Em contrapartida, no artigo *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*(2015) se inicia com a premissa de que "cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos"⁵⁰, tendo em vista a pluralidade de circunstâncias que podem paralisar o processo político majoritário. Isso parte do entendimento de que o princípio democrático vai muito além da quantidade de votos (o que seria um aspecto puramente formal), pois há uma dimensão substantiva que no que tange à proteção dos valores e direitos fundamentais (aspecto substantivo). Além dessas dimensões há também a dimensão deliberativa, os argumentos e a persuasão, de modo que a democracia não é composta apenas por números, mas soma-se a isso direito e razão.

Intenta-se a partir do argumento de que, devido a complexidade e dinâmica que se encontra na construção das sociedades atuais, surgem muitas questões que ainda não possuem respostas e nem previsões do constituinte e do legislador, restando a responsabilidade para o emprego de uma moderna interpretação jurídica, que, dentro de seus limites, buscará estabelecer uma comunicação entre texto normativo e realidade. São exemplos de questões sem respostas que chegam ao judiciário:

“a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?

b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.25.

seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?

c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?

d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?

e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?”⁵¹

Como não há essa capacidade de previsão por parte do Poder Legislativo, há um movimento de crescimento de constituições que contemplem princípios que chancelam interesses que são contrapostos e que o sentido completo a ser atribuído caberá ao escrutínio daquele que julga. Tem-se, então, a percepção de que a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito, reduziu.

É demandado do juízo de valor do juiz um exercício de construção tanto lógica quanto argumentativa a partir dos ditames normativos, dos precedentes estabelecidos e dos elementos externos que podem vir a interferir na decisão. Apesar da subjetividade que pode existir nesse processo, uma coisa é primordial, que é a recondução à norma jurídica sem recair na tentação de criar um direito novo⁵².

Há situações em que princípios constitucionais se chocam e, para contornar esse quadro, tribunais constitucionais de todo o mundo se valem da ponderação e da reabilitação da argumentação jurídica para suprir a vontade constitucional que a situação demanda. Para atingir esse ponto "ideal", é defendido que dificilmente se manterá o tradicionalismo que é comumente associado à separação de poderes.

O juiz sai do posto de mero aplicador direito para ser também um "coparticipante" na criação do Direito. O que legitimará a decisão por ele proferida será a capacidade de usar da

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.31

⁵² “Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa versus proteção do consumidor, liberdade de expressão versus direito de privacidade). Para lidar com uma sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica”. In: BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.32

racionalidade, o senso de justiça e a adequação constitucional em torno do problema. A partir desse ponto de vista, é trazido para o debate o conceito de "auditório", explorado por Chaim Perelman⁵³ que é caracterizado pela "capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa"⁵⁴. Contudo, esse ponto não é desenvolvido no decorrer do artigo.

O ponto seguinte a ser explorado é a função majoritária e representativa do STF. É exposto que a corte presta tanto uma jurisdição ordinária quanto constitucional em sua atuação. Jurisdição ordinária seria aquela em que a corte se comporta como um órgão jurisdicional, que soluciona questões de aplicação de direito infraconstitucional, perpassando pelo julgamento criminal dos membros do parlamento até a dissolução de conflitos em matéria de competência entre tribunais.

Por outro lado, a jurisdição constitucional se resume à interpretação e aplicação da Constituição. Segundo o ponto de vista político-institucional, o desempenho dessa segunda jurisdição engloba as atuações contramajoritária e representativa. A primeira versa sobre a legitimidade democrática para invalidar atos dos Poderes Legislativo e Executivo e a segunda, apesar de ser dito que é a transformação institucional da última década, não é caracterizada, nesse momento, pelo professor Barroso.

A respeito da dificuldade contramajoritária, repetem-se os apontamentos feitos no artigo publicado em 2012. É reforçada juntamente a ideia de que a maioria dos países atribui ao Poder Judiciário o papel de sentinela contra a tirania, a fim de evitar que se prejudique o processo democrático e que seja evitada a opressão das minorias, visto que é consensual a interpretação que o conceito de democracia supera a ideia de um governo de maiorias. Cabe à manutenção do princípio democrático a inclusão da igualdade, justiça e liberdade. Isso significa dizer que aqueles que foram vencidos no processo político, ainda poderão encontrar proteção na atuação judiciária, em especial nas supremas cortes ou tribunais constitucionais, posto que defendem os valores constitucionais e a razão pública.

⁵³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.32

Barroso entende que o papel contramajoritário do STF tem sido, até então, empregado com parcimônia, pois a corte compreende que em questões que não colocam em cheque direitos fundamentais e pressupostos democráticos, há que se ter deferência em relação a conformação do legislador e a discricionariedade do administrador. Prova disso seria a baixa quantidade de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de leis federais sob a égide da Constituição de 1988.

Inclusive, é citado que o STF optou pela preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Chefe do Executivo nos casos da ADI contra o dispositivo que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, a ADPF contra a lei federal que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e a ação popular que questionava o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol por decreto do Presidente da República. A partir desses exemplos, o que se quis defender foi que não há superposição entre os conceitos de democracia e princípio majoritário.

2.1.3 Da representação política

O ponto crítico do quadro que se desenha, para o professor Barroso, é a crise da representação política em face das insuficiências advindas da democracia representativa. É destacado que há dificuldade no processo representativo para expressar a vontade da maioria da população. Os problemas que repercutem ao redor do mundo, são os mesmos que se desenham no Brasil, como o financiamento eleitoral, a redução da laicidade no Estado com a constante inserção da religião em locais públicos e o radicalismo presente em discursos partidários.

Diante disso, a atuação política vem sendo cada vez mais vista com olhos de desconfiança e falta de credibilidade pela população. A indignação e a abstinência de resultados satisfatórios é, em verdade, uma constante. Fazendo referência a Mark Graber⁵⁵, Barroso expressa que "a doutrina que antes se interessava pelo tema da dificuldade

⁵⁵ GRABER, Mark A. The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order, *Annual Review of Law and Social Science*, n. 4, p.361-362, 2008.

contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política"⁵⁶.

A partir da crise de representatividade no Legislativo, consequentemente, o Executivo passou por um processo de fortalecimento e, principalmente no Brasil, o Judiciário também ganhou forças. Os membros do Poder Judiciário passaram a ser mais representativos na garantia de demandas sociais do que as instâncias políticas. Apesar de o professor Barroso ter vislumbrado esse quadro em meados de 2015, pode-se dizer que essa dinâmica ainda prevalece em 2018, tendo em vista o receio que paira em torno dos resultados das eleições. Ao que parece, há uma expectativa de que o Judiciário, através do protagonismo do STF, fará o sopesamento das ações do legislador e do Chefe do Executivo recém-eleito.

São apresentados alguns argumentos que corroboram para a posição de que o Judiciário seria o melhor intérprete do sentimento majoritário, como o fato de os juízes serem recrutados para a primeira instância a partir de concurso público. Isso seria uma via de acesso que não discrimina origem ou classe social e que aprova aqueles que conseguiram empreender o melhor estudo.

Enquanto isso, o acesso a uma vaga ao Congresso demandaria um alto custo, o que obrigaria ao candidato procurar por fomento de empresários e outros, o que gera alianças em prol da defesa de interesses muito particulares. Em face disso, juízes seriam a melhor opção para representar, com independência, o anseio social. Ainda que os membros do STF sejam escolhidos pelo Chefe do Executivo, a sua grande maioria passou por carreiras jurídicas que iniciaram mediante concurso público.

Outras razões que se somariam ao ingresso mediante concurso público, seria a vitaliciedade e o fato de não se sujeitar a prazos eleitorais e anseios de caráter populista. Igualmente, o Judiciário só pode agir quando motivado, não cabendo a iniciativa por ofício e nem de julgar algo que não constou no pedido das partes, eliminando assim uma discricionariedade em sua vontade. São essenciais para o julgo a razão, a fundamentação e a argumentação para sustentar o posicionamento adotado e assim proceder no que se entende ser o melhor retorno dentro do viés democrático.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.38.

Em conclusão, de acordo com o que se tem observado na atuação do STF como intérprete final do direito para os casos que chegam até ele, o trato das normas constitucionais são limitados pela interação com a sociedade e por sua relação com os Poderes Legislativo e Executivo. Barroso não entende que houve uma mudança no desenho constitucional da Suprema Corte pelo fato de que essa não tenta se sobrepor aos demais poderes, pois caso o fizesse incidiria em uma supremacia judicial.

Conforme suas palavras, essa análise exige um:

“Supremo Tribunal Federal comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social. No desempenho de tal papel, a Corte tem percorrido o caminho do meio, sem timidez nem arrogância”⁵⁷.

2.2 A Suprema Corte e a deferência legislativa

O segundo momento desse capítulo é marcado pela escolha do artigo *Direito Constitucional, julgamento moral e a Suprema Corte como super-legislativo* (2015)⁵⁸, do Professor Brian Leiter, escrito no mesmo período que o artigo *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*(2015), do Professor Luís Roberto Barroso, permitindo a realização de um comparativo de contexto entre o quadro brasileiro e o quadro norte-americano na mesma época.

Acredita-se que assim será possível agregar à interpretação sustentada pelo STF uma ótica diferente sobre a mesma problemática, qual seja, uma atuação da Suprema Corte que motiva um questionamento acerca da existência de fronteiras entre os poderes e se está havendo qualquer espécie de transposição. Caso positivo, quais seriam os indicativos que denunciam o fenômeno de uma corte ativista e como argumentar em torno disso.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto (2015). Op. Cit. p.47

⁵⁸ LEITER, Brian. **Direito Constitucional Julgamento Moral e a Suprema Corte como Super-legislativo**. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. (Org.). *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, pp. 55-71.

O Professor Leiter inicia sua exposição indicando que pretende defender e analisar 3 ideias: (i) que há pouco direito no direito constitucional norte-americano, principalmente nos julgados da Suprema Corte; (ii) a ausência do direito em muitas partes do direito constitucional norte-americano significa que a qualidade do juízo político e moral dos juízes possui importância decisiva na maneira como desempenham seu trabalho e (iii) a ideia de que todos os atores políticos sabem que a Suprema corte atua frequentemente como um super-legislativo e que, por isso, as visões morais e políticas dos juízes são critérios decisivos para a sua nomeação⁵⁹.

A respeito do item que versa sobre a escassez de direito dentro do próprio direito constitucional norte-americano nos julgados da Suprema Corte, é pontuado que a Corte atua como um super-legislativo com poderes limitados. Essa limitação se daria de duas maneiras importantes. O primeiro seria que a Corte só pode legislar sobre as questões que são levadas até ela e o segundo, que a limitação acontece mediante precedentes, normas constitucionais e leis.

Não obstante, sobre isso paira uma problemática, que é o fato de que essas limitações não delimitam as decisões da Corte na maior parte dos casos. Assim, a Corte toma decisões a partir das opções que são juridicamente viáveis e com base nos valores morais e políticos dos juízes, não se valendo apenas dos preceitos juridicamente vinculantes. Esse ponto, conforme se verificará mais adiante, será defendido a partir da teoria positivista desenvolvida por H.L. Hart e Joseph Raz.

Dizer que há muito pouco direito no direito constitucional significa reconhecer que o direito existe e que questões basilares a seu respeito precisam ser verificadas. Sobre esse aspecto, destacam-se algumas postulações positivistas de Hart e seu aluno, Raz. Em primeiro lugar, tem-se que a sociedade é formulada sobre normas que dizem o que se deve fazer e o que não se deve fazer, de modo que podem existir normas de etiqueta, normas de cautela ou egoísticas, normas morais e normas do sistema jurídico. São categorias, frise-se, que não se excluem mutuamente, posto que todas elas, com exceção da última, podem ser vertidas em normas jurídicas⁶⁰.

⁵⁹ LEITER, Brian. Op. Cit., pp.55-56.

⁶⁰ “As categorias não se excluem mutuamente: às vezes, normas morais como “você não deve matar inocentes” são também normas jurídicas, assim como as normas de cautela, como “você deve usar um cinto de segurança

A pergunta que se faz em torno dessas normas é como seria possível fazer uma diferenciação entre elas. O positivismo jurídico responde que as normas são juridicamente válidas e pertencem ao sistema jurídico por atender critérios da “regra de reconhecimento” desse sistema. Quando se fala em “regra de reconhecimento”, o que se quer dizer é que há uma indicação de critérios em virtude dos quais determinadas normas serão consideradas normas do sistema jurídico e isso pode incluir leis, decretos executivos, decisões judiciais, dentre outros. São, portanto, regras muito complexas.

A título de exemplo, é trazida a referência de como funciona o procedimento em torno de uma norma que é válida no sistema jurídico da Califórnia.

“Considere: uma norma é uma norma válida do sistema jurídico da Califórnia se (i) tiver sido promulgada pelo legislador da Califórnia e sancionada pelo Governador; (ii) não tiver sido julgada inconstitucional por um Tribunal Estadual ou Federal e (iii) não tiver sido revogada por uma lei federal constitucional; uma norma também pode ser uma norma válida na Califórnia se tiver sido aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente, e não tiver sido considerada inconstitucional pelo Tribunal de Apelações do Nono Circuito ou pela Suprema Corte; uma norma pode também ser uma norma juridicamente válida no sistema jurídico da Califórnia se ela se sustentar em algum precedente de um tribunal da Califórnia que não tiver sido reformado por algum tribunal superior estadual ou federal; e assim por diante. Mencionem-se ainda os decretos executivos e as decisões administrativas, também sujeitos a inúmeros meios de controle judicial.”⁶¹

Essa exposição pode aparentar trazer uma nova contribuição aos estudos do direito, mas a verdade é que se trata de algo muito mais presente do que se imagina. O ensino jurídico, em regra, é pautado no estudo da regra do reconhecimento, ainda que em sala de aula não se adote tal termo. Ainda não satisfeito com o que se transmite da regra de reconhecimento na Califórnia, Leiter, com base nos corolários de Hart, se pergunta como pode essa regra de reconhecimento ser o que de fato é.

enquanto dirige”. Normas de etiqueta são raramente normas jurídicas; muitas normas morais não são normas jurídicas e muitas normas jurídicas não nos parecem representar obrigações morais ou éticas. Por exemplo, não achamos que os ingleses sejam imorais por dirigirem do lado esquerdo, mas reconhecemos que eles possuem a obrigação legal de fazer isso.” In: LEITER, Brian. Op. Cit. p.56.

⁶¹ LEITER, Brian. Op. Cit. p.57.

De acordo com Hart, os sistemas jurídicos não passam da prática cotidiana dos agentes públicos, principalmente dos magistrados. A partir do pressuposto de que a Constituição da Califórnia é uma norma vinculante no sistema jurídico da Califórnia tem-se que isso só existe porque os magistrados californianos a consideraram como vinculante em suas decisões.

O mesmo se aplica à Carta Magna norte-americana, as leis ordinárias, as decisões administrativas e demais normas. É entendido que para que exista uma norma de reconhecimento e que essa contenha um conteúdo específico, cabe aos agentes públicos ter uma postura de (i) concordar com determinados critérios de validade jurídica e (ii) considerar obrigatório ou vinculante esses mesmos critérios de validade jurídica a fim de que isso seja manifesto nas decisões tomadas, bem como seja sustentáculo da razão e verta-se em uma questão de ordem empírica. Há que se ter uma aceitação a partir de um ponto de vista de caráter interno.

No entanto, por outro prisma, essa manifestação reverbera no comportamento da Corte. É trazido como exemplo aquele agente que detém o desejo de criticar outros juízes que não cumprem com tais critérios e nem com a linguagem adotada para justificar suas condutas. O caso que ilustra isso é o do Presidente da Suprema do Alabama (Roy Moore), que no ano de 2003 se recusou a seguir uma decisão do Tribunal de Apelações do Décimo Primeiro Circuito, seguindo o pressuposto de que a escultura das tábuas dos dez mandamentos no prédio da Suprema Corte do Alabama infringia a Establishment Clause⁶².

No caso, a regra de reconhecimento aplicável, que foi a decisão sobre a Constitucionalidade da colocação da escultura, prevaleceria sobre o juiz Roy Moore. Ao desobedecer a decisão do Décimo Primeiro Circuito, houve uma inquietação por parte dos agentes do sistema jurídico do Alabama, que aceitaram o aspecto da regra de reconhecimento

⁶² Trata-se da cláusula de estabelecimento da Primeira Emenda da Constituição norte-americana, que diz "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." Em tradução livre, há que "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

a partir de um ponto de vista interno. A conclusão desse caso foi que os agentes criticaram o posicionamento do juiz Moore e se mobilizaram no sentido de exonerá-lo.

O segundo exemplo trazido trata-se de uma suposição de que o Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos fosse à *Faculdade Nacional de Direito* e escuta de um aluno a pergunta sobre o motivo de haver uma preocupação da Corte com a constitucionalidade das leis, se não seria mais fácil ignorar esse aspecto e apenas adotar um posicionamento sensato. É defendido que dificilmente ele responderia que o fato de ser Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos seria um grande prestígio, e que isso se dá por haver um benefício de estabilidade vitalícia, uma boa aposentadoria e que, caso não respeitasse os ditames constitucionais, poderia perder todo esse prestígio intrínseco ao cargo.

Essas não passariam de “razões crassas individualistas”⁶³ que não corresponderiam à postura do ministro. O mais plausível seria que recorresse ao juramento profissional do ofício assumido, que é defender a Constituição, bem como defenderia seu modo de entendimento das virtudes morais e políticas que pertencem ao sistema constitucional. Leiter acredita que são essas as razões que levam não apenas o Presidente da Suprema Corte, mas todos os seus ministros a fazerem o que fazem. Afinal, os sistemas jurídicos demandam que seus agentes “aceitem os critérios de validade jurídica, dentre as quais a constitucionalidade, a partir de um ponto de vista interno”⁶⁴.

2.2.1 Da interpretação das disposições constitucionais

Para o Professor Brian Leiter, quando se fala em constitucionalidade, está a se falar em um critério de validade jurídica imerso na regra de reconhecimento do sistema jurídico norte-americano, mas apenas se tiver o reconhecimento dos magistrados como um critério e o aceitarem a partir de um ponto de vista interno. A dificuldade nisso consiste em apesar de se aceitar o aspecto vinculante da Constituição, não há uma concordância quando a questão é a melhor forma de interpretação do significado original de suas disposições. Em suma, no que tange a regra de reconhecimento do direito constitucional, o seu significado original da Constituição não é necessariamente aquilo o que se entende como juridicamente vinculante para as Cortes.

⁶³ LEITER, Brian. Op. Cit. p.58.

⁶⁴ Ibidem.

Para alguns magistrados, o ser vinculante pode estar ligado à literalidade do texto, outros entendem que isso se encontra na estrutura constitucional e outros entendem ser vinculante as interpretações judiciais que vieram antes das disposições constitucionais. Seria isso uma espécie de *Common Law* constitucional. Em face dessa discordância entre magistrados federais, sustenta-se o pressuposto positivista de que não há direito na totalidade do direito constitucional, porque “não há critérios de validade jurídica amplamente aceitos e aplicados por juízes”⁶⁵.

Essa indefinição, porém, não atinge a todo o direito constitucional, pois há resultados de inúmeras questões constitucionais que foram pacificadas. O caso *Texas v. Johnson* (1989)⁶⁶, que versou sobre uma lei de proibição à violação da bandeira norte-americana que violava a Primeira Emenda. Após 25 anos dessa decisão, o precedente criado ainda vigora e é respeitado. Isso pode ser observado a partir da obediência por parte dos juízes de cortes menores que absorveram que não é punível o fato de indivíduos incinerarem a bandeira norte-americana.

Essa mesma universalidade não pode ser vista nas discussões que houveram ao redor da Segunda Emenda⁶⁷. Durante algum tempo defendia-se que a emenda protegia o direito de os Estados armarem as suas milícias, mas tempos depois foi interpretado que isso não procedia, que se tratava de uma “frauda”. Ocorre que, mais tarde, essa fraude se tornou lei devido a uma decisão de caráter “super-legislador”, em 2008, no caso *District of Columbia v. Heller* (2008)⁶⁸. Ignorou-se o precedente e, em uma votação acirrada, prevaleceu a interpretação originalista.

A partir da inclusão de um trecho do artigo *In defense of Looseness* (2008), de Richard Posner⁶⁹, tem-se uma curiosa ilustração a respeito do contexto em que essa votação se passou. É grifado que direitos constitucionais ficam adormecidos por uma boa parcela de tempo e que somente despertam quando algo muda no seio social e uma nova interpretação é

⁶⁵ LEITER, Brian. Op. Cit. p.59

⁶⁶ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

⁶⁷ “A well regulated militia being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed”. Em tradução livre, tem-se “Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não deve ser infringido”.

⁶⁸ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁶⁹ POSNER, Richard A. **In Defense of Looseness**. New Republic, 2008.

estimulada. Acontece que no caso *Heller*, não houve nenhum fato na sociedade, naquele momento, para que o direito previsto na Segunda Emenda fosse revivido, senão a vontade e mudança de postura da Suprema Corte. A questão foi reduzida a uma disputa entre liberais e conservadores, o que demonstrou que é praticamente impossível eliminar os princípios políticos existentes no processo constitucional.

O que Posner sugere para eliminar tais princípios políticos seria impor a “modéstia judicial”, o que Leiter entende ser também uma outra face da opção política, mas que serviria para tentar dirimir qualquer ideologia sobre o controle de constitucionalidade. Dessa forma, o problema seria reduzido à questão de discutir publicamente sobre os princípios políticos que motivam os Ministros que fazem da Suprema Corte um super-legislativo.

Essa atribuição de “super-legislativo” à Suprema Corte surgiu a partir do caso *Shelby County v. Holder* (2013)⁷⁰. Nesse caso, foi julgada inconstitucional a Seção 4 da Lei do Direito ao Voto, que foi prorrogada pelo Congresso em 2006. Nesse caso, cinco membros da Corte, diferentemente do que fora decidido pelo Congresso, postularam no sentido de que a Seção 4 não seria mais necessária. A título de curiosidade, tal seção dispunha a fórmula que determinaria quais Estados com histórico de discriminação racial nas eleições precisariam de pré-aprovação federal para a modificação de sua legislação eleitoral. Conforme o decidido pelos cinco ministros, isso não seria justificativa para a manutenção da fórmula original para que houvesse a pré-aprovação.

A Seção 4, em verdade, tratava-se de uma acuidade por parte do Congresso para corrigir uma mácula que foi deixada pela discriminação na história norte-americana. A manutenção da Seção seria, de certo modo, uma forma de evitar o retrocesso, mas a maioria do super-legislativo não aprovou os pareceres do Legislativo e substituiu um julgo de mérito político pelo seu próprio.

Cada vez mais essa tendência gera riscos graves, pois é a Suprema Corte quem escolhe os casos que quer julgar e sempre são levados a escolher casos de grande divergência em tribunais federais ou que contêm questões ainda em aberto e que a regra do reconhecimento não indica o que deve ser feito. O fato de a Corte escolher casos que já

⁷⁰ *Shelby County v. Holder*, 133 S.Ct. 2612 (2013).

poderiam ter sido decididos, demonstra essa necessidade de se autofirmar como super-legislativo.

Já em vias de conclusão, Leiter defende que as únicas pessoas que são levadas a crer que os Ministros da Suprema Corte norte-americana são escolhidos a partir de sua destreza jurídica são os eleitores. Inclusive, é de conhecimento de todos os chefes do Executivo que os Estados Unidos teve, desde Roosevelt e Reagan, que a Corte, na maioria das vezes, atua como super-legislador e que uma estratégia adotada é a de tentar nomear ministros com perfis de legisladores. Em outras palavras, ministros de posicionamentos moral e político similares ao do Presidente.

É também sustentado que os legisladores não tem o condão de antecipar todos os problemas que podem surgir, mas a sociedade demanda a existência de um tribunal forte, capaz de oferecer soluções imperiosas sobre as disputas que ainda não têm respostas do direito. Igualmente, quanto maior for a hierarquia do tribunal, maior as chances de ele ser convocado para solucionar questões que envolvam juízos morais e políticos, tal como se espera de legisladores honestos.

“Portanto, quando esses juízes são nomeados, os representantes das pessoas devem avaliar a qualidade do juízo moral e político que os juízes exerceriam: o juiz indicado privilegiará os mercados à regulação estatal, as maiorias às minorias, os religiosos aos não religiosos, a neutralidade racial à sensibilidade ao papel nocivo da raça na sociedade, a polícia aos criminosos, as ideologias do Partido Republicano à ideologia do partido democrata? O juiz indicado é sensível à injustiça, aos desprivilegiados, aos perdedores no processo político, ou ele privilegia aqueles que estão no poder, o *status quo*?”⁷¹

A partir dessas perguntas é que a sabatina deveria ser orientada para selecionar os membros que irão compor esse super-legislativo. Esses sujeitos, em sua maioria, terão amplo domínio das técnicas judiciais e seria muito improvável a nomeação de alguém que não as conhecesse. O que seria incomum, no caso, é a nomeação de membros para compor o super-legislativo que não comungue do mesmo posicionamento político e moral do Presidente, ainda que não assumidamente.

⁷¹ LEITER, Brian. Op. Cit. pp. 69-70.

Reconhece-se, por fim, a preocupação quanto a esse papel dos membros da Suprema Corte justamente por incentivar um extrapolar de limites jurídicos, ainda que isso não seja discutido publicamente. Assim sendo, ter, minimamente, a expertise de fazer questionamentos a respeito do posicionamento moral e político do candidato já ofereceria um panorama a respeito de questões constitucionais relevantes, assim como uma maior segurança em relação às decisões que dali poderão surgir.

Após explorar o marco teórico trazido pelos Professores Luis Roberto Barroso e Brian Leiter, tem-se, de um lado, um autor que é membro da Suprema Corte brasileira e que, indiretamente, defende a Corte sem admitir que se esteja ultrapassando os limites de atuação do Judiciário e que o ativismo é um movimento necessário diante de um Legislativo morno. Do outro lado, há outro autor que não é membro de nenhuma Corte, mas deixa clara sua relação estreita com seus membros e, mesmo assim, admite que há um caminho aberto para que o Judiciário, especialmente a Suprema Corte norte-americana, siga por ele no sentido de ultrapassar as fronteiras de sua competência porque é uma condição favorável ao Chefe do Executivo.

Apesar de ambos se respaldarem em uma reconstrução histórica e em uma apresentação de casos emblemáticos que ilustram como as cortes supremas têm se posicionado em momentos históricos distintos, ainda existem muitas nuances quanto ao reconhecimento de um ativismo. Percebe-se que os dois casos trazem recortes de Cortes que são imponentes e que visam a manutenção de um desenho institucional pró democracia, mas um é mais tímido que o outro ao assumir os riscos dessa postura mais ativa quando diante de questões muito próximas à política.

Acredita-se também que esse marco teórico foi extremamente relevante para a aproximação entre as problemáticas trazidas na pesquisa e a hipótese sustentada. A hipótese que foi apresentada ao início da pesquisa versava sobre uma usurpação silente por parte da Corte das competências pertinentes aos outros poderes. A partir do marco teórico apresentado nesse capítulo, já se pode aduzir que o espaço de sobreposição das opiniões da Corte podem oportunizar a concretização de propósitos de outros poderes. Então, pode-se arriscar dizer que algumas vezes essa abertura de fronteiras poderá ser contra a vontade dos Poderes que têm

seus limites ultrapassados, mas, ao mesmo tempo, pode haver também uma abertura proposital de fronteiras para que interesses específicos possam ser contemplados. Ao que parece, o jogo democrático é muito maior do que uma mera previsão normativa de divisão de competências.

3. O SUPREMO EM AÇÃO: UMA ANÁLISE QUALITATIVA DOS CASOS ADPF 54 E MS 32326

3.1 ADPF 54

A fim de ilustrar um pouco mais do debate trazido nos capítulos anteriores, optou-se por abordar nesse momento do estudo uma concisa análise sobre dois julgados que tiveram grande repercussão no Supremo Tribunal Federal. Espera-se que a partir deles será possível chegar a algum vislumbre a respeito de se a Corte está ou não a ultrapassar os limites de sua esfera de competência e, se o faz, se há algum fundamento para tal.

A ADPF 54⁷² versa sobre a possibilidade de antecipação de parto em caso de feto anencefálico. Tratou-se de uma ação distribuída em 2004 depois que foi interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil e seu relator foi o Ministro Marco Aurélio.

A discussão pairou sobre o direito pleno das mulheres de optar, caso seu feto sofresse de anencefalia, pela realização de um parto antecipado. Logicamente, não foi uma questão de fácil trato, pois motivou muitos questionamentos sobre a criminalização do aborto, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Foi um período muito crítico na história brasileira, pois estavam sendo gerados muitos fetos anencefálicos e se levantou a questão da impossibilidade de se manter a vida desse feto após o seu nascimento. Diante disso, uma expressiva soma de mulheres recorreu ao Judiciário para postular pela antecipação terapêutica do parto, pois essa seria uma forma de minimizar o sofrimento para a mãe. Afinal, se tratava de nutrir afeto por um ser pelo período de 9 meses e, ao mesmo tempo, ter a certeza de que esse não teria a oportunidade de vir a vida tendo em vista a morte iminente que o aguardaria após a retirada do útero materno.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF**. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Não foi uma deliberação pacífica, pois o que é entendido como "antecipação terapêutica do parto" também pode ter outra interpretação, ou seja, aborto. E o aborto, por conseguinte, é criminalizado no Brasil.

A Corte decidiu no seguinte sentido:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

(ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

Assim que o caso foi levado a pleito, o Ministro Marco Aurélio se posicionou no sentido de que à presente ADPF não caberia discutir sobre a descriminalização do aborto, pois o que estava em jogo era a antecipação terapêutica do parto no caso de detectada a anencefalia, que consiste na ausência parcial ou total do cérebro.

Uma vez que se trata de um caso de morte iminente, não entendeu o relator que deveria se discutir o direito à vida, pois o sujeito em espécie seria um natimorto. Inclusive, foram levados ao pleito dados expressivos que indicavam o risco de vida corrido pela mãe, bem como os danos de fundo psicológico que gerariam a ela e a toda a família. Foi também

destacado o caráter laico do Estado e que tal questão não deveria ser submetida a orientações religiosas e morais. Acompanharam o pedido do relator os Ministros Ayres Britto, Celso de Mello, Carmem Lúcia, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Rosa Weber. Por outro lado, divergiram os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

É de suma importância também destacar algumas especificidades em alguns votos, como por exemplo a acuidade da Ministra Carmem Lúcia com o que se refere à mulher, entendendo que o que está sendo discutido não deveria ser tutelado como sobrevalor pela norma penal, tendo em vista a situação de fragilidade que a mãe se expunha. Àquelas mulheres que por ventura não pudessem interromper a gravidez, não saberiam o que esperar de seu futuro.

O Ministro Luiz Fux postulou pelo entendimento de que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos seria uma matéria de saúde pública e que deveria ser tratado como uma questão de assistência social, pois muitas mulheres sem poder aquisitivo poderiam ser as mais prejudicadas em relação a isso.

O Ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, trouxe para debate que cabia ao Estado Democrático de Direito vigente no Brasil proteger a mulher que tomasse a decisão de interromper sua gravidez de feto anencéfalo, que seria essa uma decisão irrevogável da mulher.

Em contrapartida, o lado discordante trouxe algumas ponderações valiosas para a teoria institucional e a discussão acerca do ativismo judicial e a separação de poderes. O Ministro Ricardo Lewandowski defendeu a bandeira de que não cabia aos membros do Judiciário promover inovações no ordenamento normativo, uma vez que os ministros e juízes não se tratavam de representantes eleitos por voto popular. No entanto, assim como o Ministro Fux, não chegou a citar nenhum precedente, tal como o fez o relator ao mencionar a ADI 3510/DF, que versou sobre algumas questões como a laicidade do Estado, o direito a vida e a dignidade da pessoa humana.

Trazido esse breve panorama de algumas expressões da corte, tem-se um STF que constrói suas argumentações a partir de um vazio deixado pelo Congresso Nacional. Caso já houvesse alguma postura mais pró-ativa do Legislativo, talvez não restasse ao Judiciário esse

papel de ter que dar a última palavra em cima dessa discussão. Não ter uma legalização a respeito da interrupção terapêutica da gravidez em casos de anencefalia acaba por se tornar um problema de ordem social e empurra para o STF uma provocação que foi gerada pelo silêncio do Congresso, que não apreciou os projetos sobre aborto que nele estavam tramitando. Talvez tivesse sido esse um silêncio oportuno por parte do Legislativo? Será que talvez o não discutir da questão já fosse um reflexo do posicionamento adotado, mas não declarado publicamente pelo Parlamento?

São situações como essas que tornam infundáveis as linhas de tensão sustentadas entre os três poderes e, conseqüentemente, o constante rearranjo institucional estabelecido para equilibrar as supostas limitações para cada poder.

3.2 MS 32326

O MS 32326⁷³, também conhecido como “Caso Donadon”, tornou-se um caso emblemático por ter sido o primeiro caso em que um parlamentar, ainda no exercício de sua função, teve a prisão determinada por decisão do STF. Tratou-se de um mandado de segurança que foi interposto pelo líder do PSDB, Carlos Sampaio contra o procedimento adotado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados para a votação da cassação do mandato do deputado federal Natan Donadon. Carlos Sampaio visava a anulação da decisão do presidente da Câmara dos Deputados, que havia submetido ao plenário uma deliberação sobre a perda do mandato de Donadon, o qual fora condenado pelo STF pelos crimes de peculato e formação de quadrilha, devendo cumprir pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão no Complexo Penitenciário da Papuda.

O deputado Carlos Sampaio aduziu que após o trânsito em julgado da decisão do STF, a Câmara instaurou um processo e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou o pedido de resolução que declarava a perda de mandato. Ocorre que o Presidente da Câmara decidiu que deveria encaminhá-lo ao Plenário para que fosse votado. O argumento

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautela no Mandado de segurança. MS 32326/DF**. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>>. Acesso em 22 de novembro de 2018.

sustentado por Sampaio foi o de que como o artigo 55, §2^a, da CRFB/88⁷⁴ fora aplicado para fundamentar a deliberação do Presidente da Casa.

Para melhor entender o desenrolar desse caso, faz-se remissão à Ação Penal 333, que traz algumas explicações sobre o julgamento de fatos praticados pelo deputado federal Ronaldo Cunha Lima. Nessa decisão, após toda a instrução probatória, o réu resolveu renunciar ao seu mandato. Acontece que antes de a ação penal ser analisada, havia uma questão de competência que estava em debate: se o STF continuaria ou não como tribunal competente após a renúncia parlamentar.

Por 7 a 4 entendeu o STF que a renúncia do mandato parlamentar significava a perda da prerrogativa de foro e, portanto, determinou o encaminhamento dos autos para o Tribunal do Júri, pois o crime pelo qual ele estava sendo investigado era uma tentativa de homicídio. E essa renúncia teve o complicador de ter ocorrido após o desenrolar de diversos atos processuais.

Essa mesma situação se repetiu com o deputado federal Natan Donadon que, na véspera de seu julgamento, renunciou o mandato para, assim, buscar essa mesma decisão da Suprema Corte. A competência do STF, destaque, é prevista no art. 53, §1º, da CRFB/88⁷⁵ e art. 102, I, b, CRFB/88⁷⁶. Acontece que houve uma mudança de entendimento nesse caso, pois como se tratava de uma renúncia às vésperas do julgamento, por 7 votos a 4, novamente, a jurisprudência foi modificada e se passou a entender que essa ação se tratava de uma fraude processual para não ser julgada pelo STF. O Supremo, então, mantém a competência mesmo havendo renúncia do mandato.

⁷⁴ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁷⁵ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁷⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Houve a interposição de embargos declaratórios após o julgamento e esses embargos foram considerados rejeitados e entendeu a Corte que havia transitado em julgado a ação penal declaratória:

DECISÃO: Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. MANDATO PARLAMENTAR. PERDA DE OBJETO. 1. Declarada a perda do mandato parlamentar por deliberação posterior ao ajuizamento, fica prejudicado mandado de segurança que havia sido impetrado com este fim. 2. Perda de objeto reconhecida. 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Deputado Federal Carlos Sampaio contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Requer o impetrante, em síntese, que “seja declarada a perda do mandato do deputado [Natan] Donadon”. 2. A medida liminar foi deferida para suspender os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados que mantivera o mandato, sem, no entanto, declarar a sua perda, até o julgamento definitivo da causa. 3. O Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações nas quais defendeu a inexistência de direito líquido e certo. 4. Intimado como litisconsorte passivo necessário, Natan Donadon apresentou resposta e requereu a denegação da segurança. 5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela concessão da segurança, por entender que, ao apreciar questão de ordem relativa à possibilidade efetivar-se a prisão de parlamentar, o Supremo Tribunal Federal decretou a perda do mandato de Natan Donadon. 6. Sobreveio informação do Presidente da Câmara dos Deputados, dando conta de que foi editada a Resolução nº 53, de 12.02.2014, que declarou a perda do mandato de Natan Donadon. 7. É o relatório. Decido. 8. A hipótese é de perda do objeto. 9. Isto porque a superveniente perda do mandato, levada a efeito por deliberação posterior ao ajuizamento, esvaziou o objetivo do presente mandado de segurança, que havia sido impetrado com este fim. Assim, a Resolução nº 53/2014 tornou superada a anterior deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados que havia mantido o mandato. 10. Nesse sentido é a jurisprudência pacífica do Tribunal: “MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO. CONTINUIDADE NO CERTAME SUB JUDICE. SUPERVENIÊNCIA DE APROVAÇÃO DO IMPETRANTE NO CONCURSO SUBSEQUENTE E POSSE NO CARGO (4º CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO). MUDANÇA DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO, POR PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO.” (MS 28.000, Rel. Min. Cármen Lúcia) “MANDADO DE SEGURANÇA - PERDA DE OBJETO - DEVOLUÇÃO DE PROCESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Uma vez alcançado o objeto do mandado de segurança - a devolução dos processos pelo Ministério Público -, tem-se o prejuízo da impetração. As providências junto a Conselhos - Nacional de Justiça e Nacional do Ministério Público - devem ser adotadas por aquele que se diga prejudicado.” (MS 27.923 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio) 11. Por fim, registre-se que o deferimento da medida liminar permitiu que o

Poder Legislativo fizesse um novo exame da matéria, já à luz dos elementos constitucionais que tornavam inviável, no caso, a manutenção do mandato parlamentar. Nessa nova oportunidade, a Câmara dos Deputados determinou a perda do mandato pela expressiva maioria de 467 votos favoráveis e nenhum voto contrário, computando-se uma abstenção. Esse tipo de diálogo institucional demonstra que a relação entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal pode ser marcada por saudável complementariedade, em benefício da efetiva concretização das exigências constitucionais. 12. Diante do exposto, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/1990, julgo prejudicado o presente mandato de segurança. 13. Retire-se o feito de pauta. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 18 de março de 2014 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator

(MS 32326, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 18/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 20/03/2014 PUBLIC 21/03/2014)

Resolvida a condenação do deputado federal, restava analisar se ele, condenado, perderia o mandato. Para isso, refere-se a Ação Penal 470, conhecida como o julgamento do "mensalão", na qual foi entendido pelo STF que a perda do mandato seria automática em razão da sentença penal condenatória quando se dissesse respeito a ato de improbidade administrativa, como em crimes contra administração e crimes com pena superior a 4 anos. Foi uma decisão inovadora e que mudou a jurisprudência. Até então o STF entendia que a perda do mandato não era automática e precisava ser reconhecida pela Casa, aplicando o art. 55, §2º, da CRFB/88 e afastando o art 15, III, também da CRFB/88⁷⁷.

A Constituição tem a regra geral do art. 15, III, mas pelo princípio da especialidade, caberia a aplicação para os deputados federais o art.55, §2º, que fala em decisão da Casa. Por mais que houvesse reprovação social, não se poderia ignorar o previsto nesse dispositivo.

Após, no julgamento da Ação Penal 565, o STF, novamente mudou de posicionamento, em que teve um Senador condenado após a promulgação da CRFB/88, o Senador Ivo Cassol pela prática de crime de fraude na época em que foi prefeito. Com a nova composição da Corte, o entendimento muda e o STF entende que a perda de mandato não é

⁷⁷ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

automática em se tratando de deputados federais e que isso precisa, na forma do art. 55, §2º, ser decidido na Casa. Adotou-se esse novo entendimento no caso Natan Donadon e houve a apresentação da Representação Nº20/2013.

Entendeu a CCJ que a questão deveria ser decidida pelo Plenário. Dentro dos quase 460 deputados, não se conseguiu o número da maioria absoluta para decidir pela perda do mandato. Faltaram 24 votos para se reconhecer a cassação do mandato. Desse modo, haveria um parlamentar condenado que não perderia o seu mandato porque a Casa assim o decidiu.

Contra a decisão do plenário foi interposto o MS 32326 e o Ministro Barroso proferiu uma liminar no sentido de suspender os efeitos da deliberação plenária no caso da Representação Nº20/2013. Ele aderiu à tese de especialidade do art. 55, §2º, mas no caso específico entendeu que pela previsão dos arts. 36 e 37 da LEP⁷⁸ não se poderia deixar o estabelecimento prisional o condenado ao regime fechado, a não ser que tenha cumprido 1/6 da pena. Se foi condenado a 13 anos, 1/6 da pena configuraria um tempo maior do fim do mandato do parlamentar. O mandato terminaria antes do cumprimento do tempo mínimo da pena em regime fechado, não podendo exercer o papel de parlamentar. Diante disso se aplicaria o art. 55, III, da CFRB/88⁷⁹, que perde o mandato aquele que deixar de comparecer às sessões.

Foi esse um caso de muitas idas e vindas, mas que, de certa forma, demonstra a postura pró ativa da Corte no sentido de tentar estabelecer algum equilíbrio democrático, ainda que para isso tenha que estabelecer manobras que permitam uma sutil expansão de sua esfera de competência.

⁷⁸ Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

⁷⁹ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CONCLUSÃO

O presente estudou buscou, através de uma análise descritiva, revisitar os debates em torno da temática “ativismo judicial”. A partir de uma contextualização marcada por uma revisão bibliográfica iluminada pela teoria institucional, tentou-se esclarecer conceitos como capacidades institucionais e efeitos sistêmicos no estudo de um desenho institucional, tal como o caso brasileiro e a atuação do Supremo Tribunal Federal, marcado por arranjos institucionais que se comprometeram com a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Estabeleceu-se esse prisma doutrinário para auxiliar na apresentação do marco teórico adotado, o qual toca diretamente nessas questões e que poderiam auxiliar na resolução da problematização que se propôs estudar. Quis, assim, se motivar o debate sobre as perguntas: Existem fronteiras entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático? O que pode ser entendido como fronteira? Como elas foram construídas? Elas ainda são mantidas?

Para tal foi apresentado um marco teórico protagonizado pelos Professores Luís Roberto Barroso e Brian Leiter, que são estudiosos de suas respectivas Cortes Supremas e trazem um olhar mais apurado quanto ao comportamento dessas. Por eles são trazidos argumentos de ordem histórica, lógica, normativa e estão sempre a tocar na importância da separação de poderes no desenho institucional.

A partir dessas exposições doutrinárias, pôde-se perceber que o Professor Luís Roberto Barroso, enquanto Ministro do STF, manteve uma visão um tanto quanto otimista e idealizadora no que tange ao lugar da Corte na manutenção do equilíbrio democrático, entendendo que o caminho trilhado não tendia a extremos. Por outro lado, o Professor Brian Leiter trouxe uma perspectiva mais cautelosa quanto a essa percepção em torno da Suprema Corte norte-americana. Segundo ele, além de a Corte velar por uma postura mais imperativa, é identificada uma viabilidade facilitada para a manutenção dessa postura através da atuação dos outros Poderes.

Defende-se que esses pontos de vista, de certo modo, colaboraram para a hipótese sustentada de que cada vez mais a Suprema Corte brasileira caminha em um sentido de usurpação silente de competência a ponto de transparecer em seus juízos as convicções morais

e políticas de seus membros, vertendo, assim, a (suposta) presença de fronteiras em uma mera ficção. A partir de uma visão conjugada de ambos os autores, foi possível perceber que é praticamente impossível a Corte se esquivar de questões de ordem política e moral, posto que são questões muitas vezes levadas até ela por uma postura inerte dos outros Poderes, tal como pôde ser observado na análise da ADPF 54.

Por outro lado, quando da insistência desse silêncio, pode ser instaurada uma situação de risco em que a Corte se vê cada vez mais convidada a se manifestar para garantir uma defesa das minorias, enfrentando o que se tem por “dificuldade contramajoritária”, e assim reforçando um ativismo que não carrega qualquer resquício de timidez.

Assim, o que se tem é um quadro constante de instabilidade em que, através de manobras tanto inerentes à técnica judiciária quanto inerentes aos interesses políticos em jogo, os limites fronteiriços estabelecidos pelo princípio da separação de poderes vão pouco a pouco se tornando mais líquidos e passíveis de alterações ao ponto de serem convidativos à solidificação de um Judiciário ativista.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de poderes e as medidas provisórias em um estado democrático de direito**. 2010. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/7700>> Acesso em: 20 de novembro de 2018.

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, Vol. 113, 633, 2000.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN) THESIS**, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOLONHA, C.; ALMEIDA, M.; RANGEL, H. A legitimidade na teoria institucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 7(22), 148-169, 2013.

BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. A supremacia judicial em sua essência: para além do casuísmo teórico. **Sequência (Florianópolis)** [online]. 2013, Vol. 34. n. 66, pp. 261-282.

BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, dez.2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54/DF**. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela no Mandado de segurança. MS 32326/DF**. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da

Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

BRASIL, Ana Larissa da Silva; GOMES, Robson. A teoria da separação dos poderes e a supremacia: o Supremo Tribunal Federal na Constituição cidadã. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 99-117, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **O Supremo Tribunal Antes de Depois da TV Justiça: Rumo à Sociedade Aberta de Telespectadores?** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>

GRABER, Mark. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. **Studies in American Political Development**, Vol. 7, 1, 1993.

GRIFFIN, Stephan. **American Constitutionalism: From Theory to Politics**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

LEITER, Brian. Direito Constitucional Julgamento Moral e a Suprema Corte como Super-legislativo. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. (Org.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 55-71.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. A Separação por Partidos, Não Poderes. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. (Org.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 73-146.

_____. Reflexões sobre o que Constitui uma Constituição: a Importância da Constituição de Estrutura e a Irrelevância Potencial do Juiz Hércules. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Org.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 199-220.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudos de casos – abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>;

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. Oeuvres Philosophiques. Paris: Gallimard, Edition de la Pléiade, 1951.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PEREIRA DE SOUZA NETO, Claudio. SARMENTO, Rafael. **Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POSNER, Richard A. **In Defense of Looseness**. New Republic, 2008.

SILVA, Vírgilio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes**: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>> Acesso em: 17 de novembro de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. Um Voto Qualquer? O papel do Ministro Relator na Deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, 1, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 2000, v. 1.

TUSHNET, Mark. Diálogo e Dever Constitucional. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Org.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 185-197.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**: institutional design writ small. New York, NY: Oxford University Press, 2007.

VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.